

Sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 julio 2008 (JUR 2008\259875). El alta no consentida en un servicio telefónico constituye infracción de la normativa de protección de datos, aunque se haya iniciado un proceso penal por usurpación de la personalidad.

Se confirman sendas sanciones impuestas por la Agencia Española de Protección de Datos a un conocido operador de servicios de telecomunicaciones móviles por tratamiento de datos no consentido por el titular y cesión de datos erróneos a un fichero de información de solvencia patrimonial. La usuaria niega haber contratado el servicio, por lo que devuelve las facturas emitidas por la empresa. Fruto de ello, sus datos se incluyen en un fichero de información sobre solvencia patrimonial. *Ante la imposibilidad del operador de probar la contratación ex art. 5.3 LCGC y 5.1 RD 1906/1999 y correlativamente acreditar la emisión del consentimiento*, pues no consta justificación documental ni cinta de grabación o cualquier otro soporte que justifique la celebración del contrato y tampoco hay constancia del ulterior envío y recepción por la destinataria de la documentación correspondiente al mencionado contrato, *se le sanciona por incumplimiento de los principios de consentimiento y de calidad esenciales en materia de protección de datos* [art. 44.3,d en relación con el art. 6.1 LO 15/1999, que impone el deber de requerir el consentimiento del titular para cualquier tratamiento de datos, salvo excepciones que no concurren en el caso y el art. 4.3 (calidad de los datos)]. En el mismo sentido SAN 25 de octubre de 2002 (JUR 2003\25510).

Al igual que ya hiciera en su sentencia de 13 octubre 2006 (JUR 2006\278197), la Sala considera que *la apertura de un proceso penal por usurpación de personalidad de tercero no excluye la sanción, pues el prestador del servicio vulnera los principios de consentimiento y de calidad esenciales en materia de protección de datos* y cuyo incumplimiento determina, la correspondiente infracción administrativa. En cuanto responsable del tratamiento, *pesa sobre el profesional un especial deber de diligencia* que se concreta en estos casos en el deber de asegurarse de que aquél a quien solicita consentimiento efectivamente lo da y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la Ley [cfr. Sentencias AN de 9 abril 2008 (JUR 2008\130034 y JUR 2008\130033); de 25-10-2002 (Rec. 185/2001); de 31-5-2006 (Rec. 539.2004) y STS de 25 de enero de 2006]. Como han declarado otras sentencias del orden civil que han considerado improcedente la reclamación de cantidad derivada de contratos telefónicos no acreditados, *es el prestador del servicio el que ha de asumir los riesgos asociados a la forma de contratación elegida* (ej. suplantación de personalidad) [AP Navarra 12 noviembre 2003 (JUR 2003,20670) y AP Vizcaya 15 diciembre 2002].

Ana I. Mendoza Losana